



## Tutela penal do meio ambiente na sociedade de risco: uma hermenêutica possível e necessária para a aplicação dos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98

**Autor: Zenildo Bodnar**

Juiz Federal

publicado em 28.06.2013

 [\[enviar este artigo\]](#)

 [\[imprimir\]](#)

### Resumo

O presente artigo avalia a possibilidade e a necessidade de aplicação conjunta dos tipos penais previstos nos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98 quando o autor do crime, além de construir em local proibido, também impede a regeneração da vegetação. A partir da análise da importância da tutela penal na sociedade de risco e da política criminal ambiental brasileira, conclui-se que é possível o concurso de crime entre os dois delitos, quer seja pela diversidade de condutas incriminadas, quer também pela importância estratégica do artigo 48 para os casos envolvendo danos ambientais históricos e uso abusivo do direito de propriedade.

**Palavras-chave:** Meio ambiente. Crime ambiental. Concurso de crimes.

**Sumário:** Introdução. 1 Tutela penal do meio ambiente na atual sociedade de risco. 2 Análise dos tipos penais previstos nos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98. 3 Concurso entre os crimes de construir em local proibido e de impedir a regeneração da vegetação. 4 Entendimentos jurisprudenciais sobre o tema. Conclusões. Bibliografia.

### Introdução

As lesões ao meio ambiente, pela sua gravidade e importância, receberam um tratamento rigoroso por parte do legislador constituinte. No artigo 225 da Constituição foi estabelecido o critério da tríplice imputação de responsabilidade: penal, administrativa e civil.

Para concretizar a abrangente política criminal ambiental preconizada na Constituição foi editada a Lei 9.605/98. Apesar dos inegáveis avanços, esta norma padece de algumas limitações; porém, o seu maior mérito é o de contemplar uma vasta quantidade de condutas lesivas ao ambiente como passíveis de incriminação para dar suficiente proteção jurídica a um conjunto de bens ambientais.

Uma das consequências do expressivo número de tipos penais ambientais é a elevada quantidade de situações que ensejam conflito aparente de normas, pois uma única conduta pode lesar bens jurídicos diversos e alcançar adequação típica em um ou mais preceitos penais incriminadores.

Nessa linha de raciocínio, um dos temas mais polêmicos na jurisprudência brasileira – e com grande repercussão prática no cotidiano forense, pela quantidade de casos que tramitam nas varas federais e estaduais – diz respeito à possibilidade de concurso entre as condutas incriminadas nos delitos previstos nos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98, construir em local proibido e impedir a regeneração da vegetação.

Assim, neste artigo desenvolve-se uma análise da tutela penal na atual sociedade de risco, enfatizando-se a necessidade da outorga de proteção

suficiente ao bem jurídico ambiental. A partir dessa contextualização, avalia-se especificamente a possibilidade e a necessidade do reconhecimento do concurso entre os delitos previstos nos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98. O estudo é também enriquecido com base nos precedentes dos tribunais pátrios.

## **1 A tutela penal do meio ambiente na atual sociedade de risco**

O desenvolvimento global e qualitativo, aliado à proteção efetiva do meio ambiente, constitui um dos grandes desafios para as sociedades contemporâneas. Estabelecer as diretrizes sustentáveis para um futuro com mais prudência ambiental e com a gestão adequada dos riscos é uma das principais tarefas do Direito Ambiental. A imputação adequada de responsabilidade, nas diversas esferas, é um dos principais instrumentos para o alcance deste desiderato, especialmente quando implementada com viés preventivo.

No atual estágio de desenvolvimento da sociedade, o ser humano, ao mesmo tempo em que demonstra uma impressionante capacidade técnica e científica, também confessa uma impotência grandiosa em termos de convívio civilizado. A busca insana dos seres humanos por bem-estar e felicidade, por intermédio de um modelo de desenvolvimento insustentável, contribuiu decisivamente para a crise ecológica global e também gerou profundas manifestações de desigualdades sociais.

A falta de mecanismos de controle efetivos por parte dos Estados contribuiu para um cenário de desenvolvimento com razoável eficácia econômica, porém destituído de prudência ambiental e de um compromisso com a distribuição equitativa dos benefícios gerados pelo desenvolvimento, inclusive para as futuras gerações.

No contexto da sociedade de risco, o equilíbrio ecológico está fortemente ameaçado. Essa ameaça decorre do esgotamento dos recursos naturais não renováveis, da falta de distribuição equitativa dos bens ambientais, da configuração do crescimento exponencial da população, da pobreza em grande escala, do surgimento de novos processos tecnológicos excludentes alimentados pelo modelo capitalista. Todos esses fatores, portanto, resultam na consolidação de uma ética individualista e desinteressada no outro, no distante, nas futuras gerações, em um desenvolvimento justo e duradouro.

Esse quadro desafiante gera um clamor generalizado por mais justiça ambiental. Por tal motivo, a facilitação do acesso à Justiça Ambiental e a garantia da sua efetividade devem ser o objeto central de preocupação dos Estados para que seja assegurada a qualidade de vida digna em plenitude, inclusive para as futuras gerações e para toda a comunidade de vida.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no seu artigo 225, impõe ao Estado e à sociedade o dever de preservar e proteger o meio ambiente em todos os lugares e tempos para todas as gerações vindouras. O Poder Judiciário, como um dos Poderes do Estado, tem a função proeminente de fazer valer este comando constitucional.

Tendo em vista a importância da proteção deste bem difuso, a Constituição estabeleceu três bases de imputação de responsabilidade: civil, administrativa e penal.

A opção política criminal delineada pela Constituição foi a de utilizar o Direito Penal como importante aliado na proteção do meio ambiente. A alta efetividade da resposta penal decorre principalmente da elevada reprovação ética e da contundência das sanções. Para o alcance pleno deste objetivo, inclusive, estabeleceu a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica infratora.

O bem ambiental, como objeto de tutela jurídica penal, apresenta natureza jurídica difusa e é dotado das características da indisponibilidade, da indivisibilidade e da imaterialidade.

Quanto aos titulares do bem ambiental, a Constituição supera a visão exclusivamente antropocêntrica e amplia o número dos seus beneficiários, pois o homem não é mais o senhor e dominador da natureza.

Ao contemplar o princípio/diretriz da sustentabilidade, preceitua que este deve ser entendido como um imperativo ético tridimensional: implementado em solidariedade sincrônica com a geração atual, diacrônica com as futuras gerações, e em sintonia com a natureza, ou seja, em benefício de toda a comunidade de vida. Também deve ser um projeto de civilização revolucionário e estratégico de futuro, pautado na consciência crítica acerca da finitude dos bens ambientais e na responsabilidade global e solidária pela proteção, defesa e melhora contínua de toda a comunidade de vida e dos elementos que lhe dão sustentação e viabilidade.

A amplitude dessa relação jurídica ambiental, inclusive com vínculos obrigacionais intensos com as futuras gerações, também demonstra e reforça a constatação de que os comportamentos humanos lesivos ao ambiente produzem alta danosidade social.

Essa contextualização é fundamental para que sejam compreendidas as diretrizes constitucionais da tutela penal dos bens ambientais, que devem ser observadas tanto pelo legislador como pelo aplicador do direito.

Por essas razões, as profundas alterações ocorridas nas estruturas social, econômica e jurídica também requerem a redefinição e atualização dos institutos da dogmática penal clássica, construída e estruturada apenas para a tutela dos tradicionais bens de natureza individual.

Não se defende um direito penal máximo, e muito menos que este ramo do direito seja o bálsamo para todos os males, mas sim a necessidade de outorga, por intermédio das leis e decisões, do grau de proteção suficiente e necessário para o resguardo dos bens da coletividade.**(1)** Tudo almejando a melhora contínua dos comportamentos humanos em relação ao seu entorno.

No contexto da sociedade de risco, Mendoza Buergo reconhece que o Direito Penal muitas vezes é invocado não como última, mas como primeira e até única *ratio*, e que isso coloca em risco os elementos centrais de um modelo de Direito Penal respeitoso com as garantias próprias de um Estado de Direito. Porém, pondera que a sua utilização é necessária para se proteger dos riscos e alcançar maior segurança, desde que sejam respeitados os princípios básicos do Direito Penal e as garantias do Estado de Direito.**(2)**

Para uma adequada tutela penal dos bens ambientais, necessita-se de um garantismo às avessas, ou seja, de um garantismo positivo, também a serviço da sociedade. Tudo para que o direito penal, além de evitar os excessos, não outorgue proteção deficiente a bens jurídicos constitucionais de notável relevância, sob pena de manifesta incompatibilidade com a ordem jurídica constitucional e internacional.**(3)**

Nesse contexto, surge a necessidade da proteção penal a estes novos direitos, não apenas como resposta social (repressão), mas como mecanismo estratégico de prevenção, de estímulo à composição dos conflitos e de reparação dos danos e, principalmente, como medida pedagógica para fomentar comportamentos e atitudes que assegurem a higidez dos bens ambientais.**(4)**

Para isso, é fundamental que as leis estabeleçam técnicas, instrumentos e mecanismos vocacionados e operacionalmente versáteis para a tutela efetiva destes bens penais difusos. Assim, a tutela penal do meio ambiente deve ser implementada priorizando como objetivos o restabelecimento do equilíbrio ecológico e a educação do infrator.

Para o alcance desses objetivos foi editada também a Lei 9.605/98. Essa lei, embora ainda padeça de algumas limitações e incorreções, inclusive pelo natural decurso do tempo, apresenta significativos avanços em termos de efetividade, pois: a) prioriza a lógica do direito penal do consenso; b) concretiza a intenção constitucional de responsabilizar a pessoa jurídica; c) prevê tipos penais abertos, normas penais em branco e uma grande quantidade de delitos culposos; d) exige a reparação dos danos como condição para a transação e para a extinção da punibilidade; e e) prioriza as penas alternativas ao encarceramento.

Outra observação muito importante, no que diz respeito à legislação penal

ambiental brasileira, é a grande quantidade de tipos penais. Ao contrário das legislações penais francesa e portuguesa, a nossa estabelece uma verdadeira malha fina. Toda a atenção foi empreendida para não deixar escapar nenhuma conduta ou comportamento lesivo aos bens ambientais.

Esse fato vai exigir uma atenção criteriosa por parte do julgador, pois a constatação de conflito aparente de normas será muito comum. Apesar desta dificuldade, eventual identificação do conflito de normas não pode frustrar completamente os objetivos cuidadosamente buscados pelo legislador penal para bem tutelar o meio ambiente.

## **2 Análise dos tipos penais previstos nos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98**

A Lei 9.605/98, pela sua abrangência, é a norma mais importante quando se trata da tutela penal do meio ambiente. Nessa lei, diversos microbens ambientais receberam proteção penal em seções específicas: a) Fauna (seção I); b) Flora (seção II); c) Ordenamento Urbano e Patrimônio Cultural (seção IV); e d) Administração Ambiental (seção V).

Muito embora o macrobem “meio ambiente” seja uno, a opção legislativa foi a de outorgar proteção penal individualizada aos microbens, exatamente objetivando conferir maior efetividade. Assim, não haverá conflito de normas quando determinada conduta causar lesão a mais de um dos bens protegidos legalmente. Exemplo semelhante ocorre quando uma única conduta causa lesão simultânea ao patrimônio da União (crime de usurpação) e à integridade ambiental (extração de minério) – hipótese de concurso material, conforme pacífica jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região e até do Supremo Tribunal Federal.

Com esses esclarecimentos já fica claro que, como regra amplamente geral, não haverá conflito entre as normas penais incriminadoras previstas nas diversas seções da Lei dos Crimes Ambientais (9.605/98), exatamente pela diversidade de bens jurídicos penalmente protegidos. Assim, não se pode afirmar que há conflito de normas entre os tipos penais previstos nos artigos 48 e 64, conforme será demonstrado.

O aspecto central para esta conclusão diz respeito à clara diferença entre os comportamentos reprováveis incriminados nestes dois tipos penais. Para melhor análise, citam-se a seguir os respectivos artigos.

Prescreve o tipo penal do artigo 48, *caput*, da Lei 9.605/98:

**“Art. 48.** Impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

Dispõe o artigo 64, *caput*, da Lei nº 9.605/98:

**“Art. 64.** Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

Sobre o artigo 64, explica Luis Paulo Sirvinskas que a conduta punível é o ato de promover construção em solo não edificável ou no seu entorno, onde existe bem protegido. Promover é fazer avançar, fazer com que se ponha em prática, fazer executar ou causar. No seu entendimento, incide no tipo penal não só quem promove ou determina a construção como também quem efetivamente executa a edificação nessas áreas ou em seu entorno.(5)

A conduta descrita no artigo 64 é sempre decorrente de comportamento comissivo. É estática em termos temporais e, por essa razão, trata-se de um delito instantâneo. O crime previsto neste artigo é material e, para a sua caracterização, exige-se que a ofensa seja perpetrada contra o ordenamento urbano e/ou o patrimônio cultural.

Já a conduta exigida pelo legislador no artigo 48 pode ser praticada tanto por ação como por omissão. Isso porque o simples fato de o proprietário não respeitar o dever constitucional de permitir a regeneração natural, nos

ambientes em que exerce influência e poder, já caracteriza o delito.

A restauração mínima do equilíbrio ecológico, exigida pela norma penal, é apenas e exclusivamente a de que sejam propiciadas as condições para que a própria natureza alcance a regeneração, ou seja, basta que o proprietário não a impeça nem a dificulte. O comportamento esperado do infrator é demolir a construção e promover a retirada integral dos entulhos abandonados para não impedir a regeneração da vegetação.

Para a caracterização do crime previsto no artigo 48, é totalmente irrelevante a identificação do autor dos danos ou dos motivos que ensejaram a degradação ambiental. Esta pode ter sido ocasionada por fenômenos naturais ou até por fato exclusivo de terceiro.

Deve ser destacado ainda que não apenas a conduta de “construir”, prevista no artigo 64, impede ou dificulta a regeneração da vegetação, e assim caracteriza o tipo penal. A conduta de “impedir ou dificultar” pode ocorrer por intermédio de inúmeras ações ou omissões. Citem-se como exemplos: circulação de pessoas ou animais; ausência de colocação de cercas em espaços especialmente protegidos ou com fragilidade ambiental; falta de cuidados adequados com a propriedade; ausência de medidas preventivas; e abandono de entulhos e materiais, dentre outras.

O objetivo deste crime é exigir do proprietário uma conduta pró-ativa em benefício da restauração do meio ambiente, principalmente naqueles casos de danos históricos consolidados em que não é mais possível identificar ou responsabilizar os autores.

O destinatário principal dessa norma penal, naturalmente, não deve ser a pessoa com extrema fragilidade social e que ocupa áreas protegidas para encontrar a mínima condição de sobrevivência, mas sim aquelas pessoas que possuem condições de adotar comportamentos que facilitem a resplandecência da natureza degradada.

Nos casos de pobreza extrema, é facilmente possível caracterizar a excludente de culpabilidade na espécie inexigibilidade de conduta diversa, diante das peculiaridades da situação concreta. Para essa classe de pessoas, é evidente que o Direito Penal não será a melhor solução. Caberá ao membro do Ministério Público e ao magistrado, inclusive na audiência de transação, avaliar a medida mais adequada que deva ser aplicada para a realização da justiça no caso concreto.

A flexibilidade do direito penal do consenso, baseado na transação penal e na suspensão, bem como o bom senso dos profissionais (juizes, promotores e advogados), também possibilitam a melhor e mais criativa solução para o caso concreto, considerando a riqueza dos fatos e as condições das pessoas envolvidas.

O tipo penal previsto no artigo 48 da Lei 9.605/98 é o remédio mais eficaz para as situações graves de danos históricos e consolidados, nos quais os proprietários simplesmente invocam a tese do “direito adquirido” a perpetuar danos ambientais para as futuras gerações.

A eficácia é ainda maior tendo em vista a versatilidade desta norma penal incriminadora, que, por estabelecer um delito permanente, não está sujeita à prescrição que atinge aproximadamente mais de cinquenta por cento dos procedimentos penais ambientais em função do tamanho da maioria das penas cominadas.

Um benefício substancial da incriminação da conduta descrita no artigo 48 da Lei 9.605 é a plena observância da função social e ecológica da propriedade, pois na grande maioria dos casos a ação ou omissão de impedir ou dificultar a regeneração natural está relacionada com o mau uso da propriedade.

O Estado de Direito Ambiental, consolidado na ordem constitucional brasileira em 1988, estabelece como imperativo categórico geral o dever fundamental de atendimento da função socioambiental da propriedade.

Ao contrário do que defendeu Locke, a propriedade não é apenas o resultado da

exploração parasitária dos recursos naturais, mas sim a manifestação mais eloquente do dever que determinada pessoa possui de proteger e defender os bens ambientais com ela relacionados direta ou indiretamente.

Na atual ordem constitucional, o proprietário não pode mais ser um monarca absoluto de seu “sagrado” direito com atitudes parasitárias de comodismo, pois tem uma hipoteca social e ambiental que grava e onera a sua propriedade. Esta não pode ser um instrumento utilizado apenas para a satisfação de interesses egoísticos e excessivamente personalistas, mas deve ser um direito exercido com profundo espírito social e ambiental.(6)

Ser proprietário é manifestar, de forma eloquente, plenas condições de prevenir e recuperar eventuais danos ao ambiente. Este é um norte a ser alcançado pela força expansiva da equidade na busca do ideal de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão (situação de injustiça ambiental) pode ficar sem a devida reparação.

Dentre os crimes previstos na Lei dos Crimes Ambientais (9.605/98), este artigo (48) é um dos mais adequados para a tutela penal efetiva do meio ambiente, considerando as peculiaridades e exigências modernas da tutela penal dos bens difusos. Isso se dá, dentre outros, pelos seguintes motivos: a) é o único que pode ser utilizado para reprimir danos ambientais históricos; b) não está sujeito à prescrição por ser delito permanente; c) melhor protege o direito das futuras gerações, pois evita a perpetuação de danos intoleráveis; d) estimula a observância da função social e ecológica da propriedade; e e) fomenta atitudes e comportamentos em prol da restauração dos ecossistemas e ambientes degradados, dentre outros valiosos benefícios.

### **3 Concurso entre os crimes de construir em local proibido e de impedir a regeneração da vegetação**

A diversidade de funções dos tipos penais anteriormente analisados e de bens jurídicos tutelados, bem como a sua posição topográfica na lei, já seriam argumentos suficientes para a conclusão pela possibilidade do concurso de crimes. Porém, a estes, muitos outros aspectos ainda podem ser adicionados para a ampla compreensão do tema.

Não é correto afirmar que a manutenção de uma obra que impede a regeneração é mero *post factum* impunível, ou seja, mero exaurimento do crime, pois esta definitivamente não foi a opção do legislador que elegeu também esta conduta como crime autônomo pela sua gravidade.

Entender que a conduta de impedir ou dificultar a regeneração é mero exaurimento é, na prática, tornar letra morta o preceito estabelecido no artigo 48. Trata-se de uma política criminal estabelecida de maneira consciente e zelosa pelo legislador em prol da tutela da higidez dos bens ambientais e que deve ser observada pelo Poder Judiciário, que, como órgão, função e poder do Estado, também é responsável pela tutela da integridade dos bens ambientais. Nesse contexto, é fundamental que o Poder Judiciário respeite esta opção política da sociedade, elaborada e aprovada nas vias democráticas legitimadas constitucionalmente.

Apesar de a pena cominada ter sido a mesma, o comportamento daquele que, mesmo ciente de que a sua construção é irregular e está lesando o meio ambiente, nenhuma providência adota, nem mesmo para permitir a sua regeneração natural, é muito mais grave do que o comportamento daquele que constrói.

A gravidade da perpetuação ostensiva de uma agressão ao bem ambiental, conduta reprimida pelo artigo 48, é muito maior, tendo em vista também o péssimo exemplo deixado pelo proprietário que, assim agindo, estimula inclusive novas agressões pela sensação geral de impunidade gerada. Por essa razão, o legislador sabiamente reputou criminosa esta conduta. Assim como considerou igualmente criminosa a conduta do homicida que oculta o cadáver, sem que ninguém afirme, nesta hipótese, que se trata de *post factum* impunível, mero exaurimento ou crime impossível.

A análise da culpabilidade destes delitos – culpabilidade enquanto circunstância utilizada para a escolha e para a dosimetria das penas ou das medidas

alternativas – também é efetivada com base em critérios totalmente diversos. Como são delitos materiais, ou de resultado, a culpabilidade será a intensidade da lesão ao bem jurídico. Assim, no caso do delito previsto no artigo 64, o tamanho da construção, o tipo de vegetação e as demais características do ambiente é que serão avaliadas. Já a culpabilidade do crime previsto no artigo 48 será determinada predominantemente pelo tempo em que o meio ambiente ficou privado total ou parcialmente da restauração, ou seja, em situação de desequilíbrio.

Cabe referir ainda que o Direito Penal objetiva induzir comportamentos por intermédio de comandos de proibição. Estes comandos ou determinações, traduzidos em normas, são totalmente diversos quando são analisados os artigos 48 e 64. O comando oriundo do artigo 64 é “não construa”; já o do artigo 48 é “não impeça nem dificulte”.

O delito previsto no artigo 48 tutela exatamente as áreas já destruídas e cuja regeneração é obstada pela ação ou omissão humana decorrente da manutenção das construções ou plantações exóticas, dentre outras ações impeditivas, nos locais com especial proteção legal.

Pode ocorrer que uma obra originalmente licenciada depois tenha a licença revogada ou anulada pela identificação superveniente de que o local era legalmente protegido. Nessa hipótese, logicamente, não haverá o delito previsto no artigo 64, mas, a partir da invalidação da licença, o fato de a construção simplesmente ser mantida, impedindo a regeneração da vegetação, já pode caracterizar o delito previsto no artigo 48.

Assim, não havendo o crime na primeira conduta, “construir”, por falta de dolo, ou sendo a punibilidade deste extinta pela prescrição, não resta dúvida de que a proteção penal deve ser a outorgada pelo artigo 48, como delito de reforço criteriosamente previsto pelo legislador. Isso porque, com entendimento pela absorção, uma vez prescrito o delito instantâneo do artigo 64 não haverá nenhum crime remanescente a ser imputado.

Foi também por constatar um cenário geral de ineficácia e morosidade, com grande número de ocorrência de prescrição, que o legislador optou por manter(7) e atualizar o tipo penal previsto no artigo 48, exatamente pela sua versatilidade temporal. O objetivo inteligente do legislador foi o de não deixar a proteção da higidez ambiental ao desamparo da tutela penal quando os crimes instantâneos restarem fulminados pela prescrição.

Quanto à rotineira tese da prescrição *in perspectiva*, virtual ou projetada, felizmente a jurisprudência, tanto do Superior Tribunal de Justiça – entendimento hoje inclusive sumulado – como também do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, repele com veemência esta tese por manifesta falta de previsão legal e, principalmente, porque é direito da parte e da sociedade o julgamento justo. Esta artificiosa criação deve ser banida e repudiada, principalmente quando a questão versa sobre a tutela de um bem difuso, como é o caso da proteção penal do meio ambiente.

Reforça a necessidade de jamais aceitar-se esta tese da prescrição projetada, em matéria de tutela penal do meio ambiente, o fato de grande parte dos casos resultar em amplas composições, com a reparação integral dos danos e principalmente com uma prestação jurisdicional social e ambientalmente mais consequente. Já realizei acordos em dezenas e dezenas de casos efetivamente prescritos, priorizando o aspecto cível da reparação e em alguns casos até alterando a classe processual para procedimento cível, tudo graças à elogiável atuação e ao espírito prático do Ministério Público e dos advogados das partes.

Em favor da necessidade do reconhecimento do concurso de crimes, deve-se ainda acrescentar um argumento de natureza prática e empírica. Enquanto jurisdição na Vara Ambiental de Florianópolis, realizei, junto com toda a equipe, uma pesquisa nos processos criminais e constatei que, de um total de aproximadamente 700 (setecentos) procedimentos, 50% estariam fulminados pela prescrição, considerando a pena concreta. Outra constatação da pesquisa foi a de que um dos tipos penais, capitulados de forma isolada ou conjunta, com maior incidência era exatamente o artigo 48, pelo fato de se tratar de delito permanente e, portanto, não sujeito à prescrição.

Por todos esses motivos, deve-se aplicar a legislação penal ambiental com amplo respeito ao conjunto de garantias do Estado de Direito, e também com a sensibilidade necessária para que igualmente se evite a outorga de proteção deficitária a bens fundamentais.

Exercer a jurisdição ambiental significa marcar de maneira indelével a história, tendo em vista a importância e a abrangência do bem jurídico tutelado, principalmente pelos vínculos obrigacionais com as gerações futuras.

Nesta importante função, incumbe ao Poder Judiciário, como guardião das promessas constitucionais, dar vida aos ideais preconizados pela Constituição, outorgando a máxima efetividade aos direitos fundamentais.

Afinal, a verdadeira Justiça Ambiental é aquela que, além de significar a solução justa para o caso concreto, também produz efeitos no plano da coexistência pessoal e ecológica, pois, ao conter uma mensagem pedagógica contundente, contribui com a melhora contínua das relações entre as pessoas e destas com o seu entorno.

#### 4 Entendimentos jurisprudenciais sobre o tema

O precedente mais significativo sobre o tema é a decisão proferida no Recurso Especial nº 846453, conforme voto relatado pelo Ministro Gilson Dipp. Nesta decisão, concluiu-se pela possibilidade de concurso material entre os delitos previstos nos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98.

Eis o teor da ementa do brilhante e paradigmático julgamento unânime:

“CRIMINAL. CRIMES AMBIENTAIS. CONCURSO MATERIAL. RECONHECIMENTO. CUMULATIVIDADE DAS PENAS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA FEDERAL COMUM. RECURSO PROVIDO. I. Vislumbrando-se a existência de três condutas distintas, três ações autônomas de destruir vegetação nativa, de construir em solo não edificável e de impedir a regeneração natural da vegetação, por meio das quais três crimes diferentes foram praticados, deve ser reconhecida a hipótese de concurso material descrita no art. 69 do Código Penal, no qual é prevista a cumulatividade das penas. II. Reconhecido o concurso material de crimes, e somadas as penas, deve ser reconhecida a competência da Justiça Federal Comum para o seu processo de julgamento. III. Deve ser cassada a sentença proferida pelo Juizado Especial Criminal. IV. Recurso provido.” (STJ. Resp. 846453, 5ª T. Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 04.06.2007)

A jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região ainda continua entendendo que a conduta prevista no artigo 48 está, em regra, subsumida àquela do artigo 64, ambos da Lei 9.605/98, em virtude do princípio da consunção. Entretanto evoluiu significativamente nos últimos anos para admitir a responsabilização pelo delito previsto no artigo 48, mesmo quando prescrito o delito previsto no artigo 64.

Eis o teor de um dos julgados mais representativos da atual jurisprudência:

“RSE. PENAL. AMBIENTAL. ARQUIVAMENTO *EX OFFICIO* DE INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSSIBILIDADE DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. ARTIGOS 48 E 64 DA LEI Nº 9.605/98. CONSUNÇÃO. CRIME-FIM. POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. CRIME-MEIO. EFEITOS PERMANENTES. DANO À UNIDADE DE CONSERVAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. DENÚNCIA. CAPITULAÇÃO.

1. Em que pese não ser permitido ao magistrado encerrar, de ofício, as investigações necessárias à formação da *opinio delicti*, é preciso verificar se há justa causa apta a amparar o andamento das ações investigatórias. Inexistindo este pressuposto processual, independentemente do trâmite a ser observado em relação ao arquivamento, é possível a concessão de *habeas corpus*, de ofício, com vistas ao trancamento da investigação.

2. A conduta prevista no artigo 48 está, em regra, subsumida àquela do artigo 64, ambos da Lei nº 9.605/98, em virtude do princípio da consunção.

3. Consoante precedentes dos tribunais superiores, uma vez afastada a responsabilização criminal em relação ao crime-fim, torna-se possível o



redirecionamento da persecução criminal para o crime-meio. Assim, sendo pronunciada a prescrição da pretensão punitiva no que diz respeito ao delito insculpido no artigo 64, remanesce a possibilidade de sanção em relação ao ilícito previsto no artigo 48 (cujos efeitos são permanentes), ambos da Lei nº 9.605/68, enquanto não for demolida a edificação que obsta a regeneração da vegetação local.

4. O tipo insculpido no artigo 40 da Lei nº 9.605/98 apresenta especialidade (o fato de o dano ser causado a uma 'Unidade de Conservação') em relação aos demais delitos descritos na referida norma, não havendo falar em inconstitucionalidade.

5. Se o dano narrado na denúncia for percebido em área expressamente referida no *caput* do artigo 40 da Lei nº 9.605/98, em face de sua especialidade, o dispositivo deve integrar a classificação da conduta atribuída ao agente, mesmo em detrimento dos demais tipos penais contidos na referida norma." (RES 200572000116304, D.E 24.06.2009)

Para finalizar, é importante ainda referir a ementa do precedente do Supremo Tribunal que reconheceu ser o delito previsto no artigo 48 um crime permanente:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. CRIME PERMANENTE *VERSUS* CRIME INSTANTÂNEO DE EFEITOS PERMANENTES. SÚMULA 711. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A conduta imputada ao paciente é a de impedir o nascimento de nova vegetação (art. 48 da Lei 9.605/1998), e não a de meramente destruir a flora em local de preservação ambiental (art. 38 da Lei Ambiental). A consumação não se dá instantaneamente, mas, ao contrário, protraí-se no tempo, pois o bem jurídico tutelado é violado de forma contínua e duradoura, renovando-se, a cada momento, a consumação do delito. Trata-se, portanto, de crime permanente.

2. Não houve violação ao princípio da legalidade ou tipicidade, pois a conduta do paciente já era prevista como crime pelo Código Florestal, anterior à Lei nº 9.605/98. Houve, apenas, uma sucessão de leis no tempo, perfeitamente legítima, nos termos da Súmula 711 do Supremo Tribunal Federal.

3. Tratando-se de crime permanente, o lapso prescricional somente começa a fluir a partir do momento em que cessa a permanência. Prescrição não consumada.

4. Recurso desprovido." (STF, RHC 83437/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 18.04.2008)

Pela análise da jurisprudência, constata-se que o tema é polêmico e que nem todos os tribunais compreenderam o sentido e o alcance da tipificação autônoma e independente das condutas de construir e de impedir a regeneração da vegetação, e que estas podem caracterizar concurso de crimes. Trata-se de mais um motivo para que sejam empreendidos novos estudos e pesquisas sobre este importante tema para a correta e justa aplicação das normas penais ambientais.

## **Conclusões**

Nos termos da atual Constituição, a tutela dos bens jurídicos penais de natureza difusa, em especial a do meio ambiente, deve ser implementada com instrumentos e medidas que assegurem a efetividade da jurisdição.

Não há conflito de normas entre os artigos 48 e 64 da Lei dos Crimes Ambientais, pelos seguintes motivos: a) há diversidade de microbens protegidos, circunstância também referendada pela própria disposição topográfica da Lei 9.605, que trata a matéria em seções diferenciadas; b) a conduta incriminada no artigo 64 (construir) é totalmente diversa dos comportamentos censuráveis previstos no artigo 48 (impedir ou dificultar a regeneração); c) a avaliação da culpabilidade ocorre com bases distintas nos dois tipos penais, sendo o fator temporal decisivo na análise do artigo 48; d) o tipo penal previsto no artigo 48 é uma norma penal incriminadora de reforço, sendo indispensável a sua aplicação, principalmente, nos casos em que não seja possível identificar ou responsabilizar o causador direto dos danos originários e estiver prescrita ou não for considerada como crime a conduta do responsável pelos danos decorrentes de supressão ou construção em local protegido.

A aplicação plena e adequada do artigo 48 da Lei 9.605/98 é uma forma de concretizar o dever fundamental de atendimento das funções social e ecológica da propriedade e o melhor remédio para evitar os malefícios decorrentes da consolidação de danos ambientais históricos, danos estes que podem ser perpetuados para as futuras gerações pela outorga de proteção penal deficiente ao bem ambiental.

Outro motivo que reforça a necessidade da aplicação do artigo 48 da Lei 9.605 como delito autônomo é o fato de que grande parte dos procedimentos criminais relacionados à tutela do meio ambiente está fundamentada exatamente neste delito.

## **Bibliografia**

BODNAR, Zenildo. **Curso objetivo de Direito de Propriedade**. Curitiba: Juruá, 2004.

DIAS, Figueredo. Papel do Direito Penal na proteção do meio ambiente. **RDE**, ano 4º, n. 01, n. 1978.

HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do Direito Penal. **Lusíada**. Revista de Ciência e Cultura. Porto, Série de Direito, número especial, nov. 1995, p. 319-330.

HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Três temas de direito penal. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MUÑOZ CONDE, Francisco. La protección del medio ambiente en el nuevo código penal español. **Lusíada**. Revista de Ciência e Cultura, Porto, Série de Direito, número especial, nov. 1995, p. 291-298.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übertmassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*unternmassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Ano XXXII, n. 97, mar. 2005, p. 171-202.

## **Notas**

1. Hassemer, por exemplo, entende que é contraproducente o uso do Direito Penal para a proteção do meio ambiente. Dentre os principais aspectos que dificultam a atuação do Direito Penal, destaca: vocação repressiva, e não punitiva; dificuldade para impor e apurar responsabilidades coletivas, já que está todo construído dogmaticamente para trabalhar com responsabilidade individual; forte dependência da administração para caracterização dos comportamentos dignos de repressão penal. Afirma que, na Alemanha, o Direito Penal do ambiente é **meramente simbólico**, identificável por não servir à proteção efetiva de bens jurídicos e por ser um **propósito de pura jactância das classes políticas**. Defende que o ideal seria a construção de um novo ramo do Direito, que chama de Direito de Intervenção (HASSEMER, Winfried. A preservação do meio ambiente através do Direito Penal. **Lusíada**. Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito, número especial, Porto, nov. 1995, p. 319-330. p. 321 e ss.). Este autor defende a necessidade da criação de um "novo" direito penal de intervenção para dar respostas mais adequadas às novas demandas da sociedade de risco (HASSEMER, Winfried. **Perspectivas de uma moderna política criminal**. Três temas de direito penal. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993. p. 95). Este novo direito deve ter natureza predominantemente preventiva, despreocupado com juízos de culpabilidade, e deve ser operacionalizado materialmente como hibridação de outros ramos do direito correlato (civil, administrativo, urbanístico,

dentre outros). O jurista português Figueiredo Dias também apresenta importantes reservas na utilização exagerada do Direito Penal para a proteção do meio ambiente (DIAS, Figueiredo. Papel do Direito Penal na protecção do meio ambiente. **RDE**, ano 4º, n. 01, n. 1978, p. 09 e ss.).

2. MENDOZA BUERGO, Blanca. **El derecho penal en la sociedad del riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

3. Em diversas reflexões, Lênio Streck defende o princípio da proporcionalidade e também compreende em uma de suas faces a proibição de proteção deficiente a bens jurídicos (STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (*übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*unternmassverbot*) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), Ano XXXII, n. 97, mar. 2005, p. 171-202).

4. Muños Conde reconhece que, em função da quantidade e da gravidade de danos ambientais, é alta a necessidade política de solução e, por isso, a necessidade de um direito penal funcionalizado por interesses preventivos, inclusive sendo inevitável o recurso a delitos de perigo abstrato mediante a antecipação da intervenção do Direito Penal a momentos anteriores à afetação do bem jurídico. Todavia, adverte que em nenhum caso isso deve significar a perda da identidade do Direito Penal e a sua conversão em uma *soft law*, fazendo-o cumprir funções próprias do Direito Civil ou Administrativo. Adverte ainda que se deve cuidar para não perverter a sua função e até iludir a opinião pública, seduzida por discursos mais conservacionistas (MUÑOZ CONDE, Francisco. La protección del medio ambiente en el nuevo código penal español. **Lusíada**. Revista de Ciência e Cultura, Série de Direito, número especial, Porto, nov. 1995, p. 291-298. p. 295).

5. SIRVINSKAS, Luis Paulo. **Tutela penal do Meio Ambiente**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 160.

6. Sobre este tema: BODNAR, Zenildo. **Curso objetivo de Direito de Propriedade**. Curitiba: Juruá, 2004.

7. Esta norma penal não é novidade na Lei 9.605/98, pois já estava contemplada na legislação anterior.

**Referência bibliográfica** (de acordo com a NBR 6023: 2002/ABNT):

BODNAR, Zenildo. Tutela penal do meio ambiente na sociedade de risco: uma hermenêutica possível e necessária para a aplicação dos artigos 48 e 64 da Lei 9.605/98. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 54, jun. 2013. Disponível em:

<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Zenildo\\_Bodnar.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao054/Zenildo_Bodnar.html)>

Acesso em: 09 jul. 2013.